DISSERTATIO IVRIDICA

DE

CRIMINE EXPILATAE HEREDITATIS

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

QVAM

MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS

PERMISSV

SVB MODERAMINE

ABRAHAMI KAESTNERI

V. I. D. ET P. P.

IN

AVDITORIO ICTORVM

PLACIDO ERVDITORVM EXAMINI

SVBMITTIT

CHRISTIANVS FRIDERICVS SCHMIDIVS

LVBEN. LVSAT.

DIE X. AVGVSTI A. R. S. CIƆIƆCCXXXXVI.

LIPSIAE

EX OFFICINA LANGENHEMIANA.

Digitized by Google

Digitized by Google

VIRO
EXCELLENTISSIMO PRAENOBILISSIMO
AMPLISSIMO ATQVE CONSVLTISSIMO

DOMINO

IOANNI CHRISTIANO SCHMIDIO

DYNASTAE IN BVRGLEHN

SERENISSIMI AC POTENTISSIMI
POLONIARVM REGIS ET ELECTORIS
SAXONIAE

CONSILIARIO IN SVPREMO QVOD IN
INFERIORI LVSATIA FLORET REGIMINE
LONGE DEXTERRIMO

AEQVI BONIQVE CVSTODI CERTISSIMO

GENITORI SVO
OMNI FILIALI AMORE PERSEQVENDO

Digitized by Google

HAS
PRIMITIARVM SVARVM ACADEMICARVM
PAGELLAS
STVDIORVM TESSERAS
PRO INFINITIS
A TENERIS IN HVNC DIEM VSQVE
IN SE
VBERRIMO AFFECTV PATERNO
COLLATIS BENEFICIIS
CVM
OMNIGENAE ATQVE PERENNIS FELICITATIS
VOTO
AC
SVMMA ANIMI SVBMISSIONE
OMNI QVAE FILIVM DECET PIETATE
DICAT OFFERT CONSECRAT
ATQVE SIMVL
VLTERIORI AMORI PATERNO
SE RELINQVIT
FILIVS OBEDIENTISSIMVS
CHRISTIANVS FRIDERICVS
SCHMIDIVS
LVBEN. LVSAT. INFER.

DISSERTATIO IVRIDICA

DE

CRIMINE EXPILATAE HEREDITATIS.

§. I.

Heredes in(?) deliberandi habent, an velint hereditatem adire necne?

Solent ii, quibus defuncti alicuius bona, *vel* ex teſtamento eius, vel ex conſanguinitatis iure, aliaue diſpoſitione deferuntur, antequam oblata accipiant, diſpicere: *num perſonam defuncti repraeſentare eiusque iura omnia omnesque obligationes ſuſcipere, e re ſua futurum ſit?* Id beneficium *Praetorio iure* conceſſum eſt etiam liberis, *v. l. 11. 12. 57. pr. de acqu. vel omit. hered.* qui rigore antiqui iuris, ſeruorum ad inſtar habiti, neceſſarii heredes nominabantur.

Quale ſit ſpatium ſi a Principe vel Magiſtratu impetretur?

Huic deliberationi *iure Codicis annuum tempus* praeſtitutum eſt. *v. l. vlt. §. 13. C. de iur. del.* ſiquidem a Principe petatur; *nouem menſium* ſi a Magiſtratu; iureque Saxonico *intra annum ciuilem* vſurpatur. *v. Dec. El. LVII.* eius in locum vero ſurrogari plerumque ſolet inuentarii confectio, ex quo vires hereditatis diiudicari queant.

§. II.

§. II.

Haereditas eo tempore quo heres deliberat non videtur habere dominum.

Eſt igitur tempus, *quo defuncti bona dominum non habere cenſenda ſunt*, illud *ſcilicet*, quo heres, *vtrum hereditatem adeat nec ne*, dubius exiſtit, poſſuntque res hereditariae hoc tempore, *certo ſenſu*, res nullius dici; [a]) ſi ſaltim aduertamus *rei nullius* nomen pluribus iisque diuerſis rebus, diuerſas ob rationes tribui. Ad eas enim res, quae propterea, quod nullius ſunt, cedunt occupanti, nemo hereditatem magis retulerit, quam res ſacras et religioſas, licet cum iis ad rerum nullius claſſem referantur, in *l. 1. de D. R.* Quod ſi igitur res nullius vocetur *hereditas iacens*, hoc eſt *nondum adita*, non aliud indicatur, quam *certum eius dominum nondum exiſtere.*

Bona iacentia inuadi non debent.

Cum vero ea propter non cuiuis *bona iacentia* inuadere liceat, ſequitur vt ſpes ac facultas dominium eorum obtinendi, certis perſonis, certo ordine, *excluſis reliquis omnibus*, a legibus concedatur. Nam qui ex bonis defuncti, praeter creditores eius, capere aliquid poſſunt, ſunt *primo* quibus hoc ius *vel* pacto, moribus Germanorum, *vel* teſtamento conceditur, deinde, deficiente teſtamentaria *vel ſtatutaria ſorte* ſucceſſione, illi qui in *tit. inſtit. de ſucc. quae ab inteſt. i. Nou. 118.* enumerantur.

Bonorum vacantium heres.

Igitur licet non ſemper heredis perſona certa ſit, certum tamen eſt genus perſonarum, ſub quo contineri debet ille qui ius ſibi aliquod in res hereditarias adquirere poteſt. Vnde conſequens eſt, vt non magis *proprie* res nullius hereditas nominetur, quam dici poſſit, *creditori hypothecario nullum eſſe debitorem*, propterea *quod non in certam perſonam actionem habeat, ſed in quemlibet poſſeſſorem.*

§. III.

An ſit opus fictione §. 2. de hered. inſt.

Vnde diiudicari poteſt an opus ſit fictione *§. 2. I. de hered. inſt.* et *l. 31. §. 1. l. 52. π. eod.* quae ſupponit *defunctum viuere*

a) Hinc GAIVS in *l. 1. pr. de R. D.* nam, *ſcribit*, res hereditariae antequam aliquis heres exiſtat, *nullius in bonis ſunt.* Quo ſuppoſito, longius adhuc exulat ratio et definitio furti, in ſpecie certae rei ex hereditate iacente ablatae.

viuere adhuc quamdiu hereditas nondum adita eſt. Vſi ſunt ea ICti Romani vt definire poſſent ad quem ſpectent augmenta hereditati in ſpacio illo temporis *inter mortem et aditionem* intermedio, accedentia, legata *e. g.* ſeruis hereditariis relicta. Sic in *cit. l. 31.* hereditatem *dominam eſſe*, *defunctique locum obtinere* dicitur. Scilicet, res nullius, quae nullum plane dominum habet, vtique acquirere nihil poterit, cum acquirere ſit eius, qui dominus eſt. Sed non indigebant hac fictione *ICti*, ſi cogitare volebant, hereditatem hoc ſenſu *rem nullius dici non poſſe.* Vnde eam otioſam adpellare cum TITIO *I. Pr. L. VII. c. 1. ſ. 3.* nullus dubito.

Non videtur. Hinc otioſa vocatur a Titio.

§. IV.

Haec eum in finem praemiſi, vt, *quid crimen expilatae hereditatis* ſit, accuratius conſtet, et quaeſtiones quaedam, circa hoc crimen obuenientes, tutius decidere poſſem. Expilator *ſcil.* hereditatis adpellatur ille, *qui, cum heres non ſit, ex hereditate nondum adita,* [b]) *aliquid lucri faciendi gratia aufert.* Et hic circa vocum ſignificationem monendum eſt, *expilatores* quidem dici *in tit. π. de expil. et effract. l. 1.* atrociores fures, quorum delictum cum violentia aliqua coniunctum eſſe debere, colligitur ex PAVLLI *Lib. V. tit. 3. ſ. 3. recept. ſent.* vbi ſimul nominantur: *qui aedes alienas villasue expilauerint, effregerint, expugnauerint.* Neque tamen exiſtimo atrociorem hunc vocis *expilare* ſenſum in praeſenti loco adhiberi, legibus, quae de *expilatae hereditatis* crimine loquuntur *de vi adhibita,* ſilentibus. *Quare ablationem ſaltim rerum hereditariarum hic denotari, putandum.* [c])

Expilator deſcribitur.

Paulli ſententia reiicitur.

§. V.

b) Imo VLPIANVS in *l. 2. de crim. expil. hered.* reſpectu criminis expilationis, plane non diſtinguit *inter aditam et non aditam hereditatem*, ſed vtroque caſu auferentem, rem hereditatis nondum poſſeſſae, *expilatorem* vocat, nec proinde a poena abſoluit. Nec aliter PAVLL. in *l. f. c. l.* Vnde colligendum: *quod ICti Romani res hereditarias, in quaeſtione poenali non babuerint* pro rebus NVLLIVS. *v.* KRESS. ad. C. C. *art. CLXV. n. 1. p. m. edit. nou. 594. ſeq.*

c) Qui expilatores in genere dicantur, et quomodo a furibus et raptoribus

§. V.

Quare in hoc crimine furti ordinaria actio locum non habeat?

Cur vero crimen hoc non ordinaria furti actione coerceri poſſit, ratio redditur in *l.* 2. *et* 6. *de crim. expil. hered.* quoniam ante aditionem *hereditas dominum non haberet*. Idem confirmatur in *l.* 40. *de nox. act.* et *l.* 68. *de furt*. Perſpicue hoc explicat VLPIANVS in *l.* 1. *§.* 15. *Si is qui teſtam. liber.* SCAEVOLA, *ait*, (ſunt verba ICti,) *poſſeſſionis furtum fieri, denique ſi nullus ſit poſſeſſor, furtum negat fieri. Idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia poſſeſſionem hereditas non habet, quae facti eſt et animi. Sed nec heredis eſt poſſeſſio antequam poſſideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod eſt hereditatis; non autem fuit poſſeſſio hereditatis.* Minus recte itaque adſerit BEIER *in poſit. ad π. tit. expilat. heredit.* illos, *qui ad furtum requirunt, vt dominus adſit atque poſſeſſor, cui res auferatur*, ſine lege loqui. Et hinc e contrario colligitur, furtum committi, ſi auferantur res hereditariae in quas alteri quicquam iuris eſt, puta *pignora*, vel *commodata. v. l.* 65. *de furt.* vel *locata, v. l.* 14. *§.* 14. *eod.*

§. VI.

An in crimine praeſenti poena furti obtineat? Negant plurimi.

Praeprimis Carpz.

Quam ſignificationem *furti* vocabulo tribuere velis, vtique arbitrarium eſt, neque temere immutandus ſenſus, quo antiqui hac voce vſi ſunt. Concedamus igitur, *furem non eſſe qui hereditatem expilauit*. Sed hoc conceſſo, nondum largimur quae recentiores doctores inde deducunt: *leuiorem* ſcil. *eſſe debere expilationis* quam furti, *poenam*, quam plurimi adferunt, inde argumento ducto, *quod furtum ab expilatione differat*. Huic ſententiae, quantum veritatis atque roboris inſit, in ſequentibus examinabo, et cum praeprimis inter eos, qui

bus differant, omnium optime exponit CVIACIVS, *Lib. XV. Obſ. XXXI.* ex graecis interpretibus; omnes *ſcil.* eſſe nocturnos, qui obuios quosque pileis, palliis et aliis veſtimentis rebusue ſpoliant. Non ergo confundendi cum raptoribus, Straſſen-Räubern, Freybeutern, vt videtur C. A. *tit. de crim. expil. hered.* In praeſenti tractatione, ſermo nobis non eſt de expilatoribus *in genere*, ſed ſaltim de illa ſpecie, ſi hoc crimen circa hereditatem iacentem commiſſum ſit.

qui ita ſentiunt, iure ſuo nominari poſſit CARPZOVIVS *Quaeſt. LXXXIII. n. 75. ſeqq.* in illius rationes potiſſimum inquiram.

§. VII.

Et PRIMO quidem CARPZOVIVS prouocat ad *Ord. Crim. art. CLXV.* ſed vel obiter hunc locum intuenti, patet, *Nemeſin* loqui de eo, qui ex defuncti bonis, in quae hereditarium ius ipſi competebat, aliquid abſtulit, *item* de crimine, quo coniux coniugi aliquid aufert. Tantum igitur abeſt, vt verba: deren nechſter Erbe er iſt ꝛc. ad expilatorem hereditatis extraneum trahenda ſint, vt potius illis doctoribus accedendum ſit, qui hunc articulum interpretantur de furto inter perſonas ſanguine vel matrimonio iunctas commiſſo, quod *amotionis nomine* venit. Nam ſi de herede, ex hereditate a ſe nondum adita aliquid auferente *Caeſari* ſermo eſt, quomodo his cohaerebunt verba articuli: So ſich dergleichen zwiſchen Mann und Weib begebe, und ein Theil den andern derohalben anklagen würde ꝛc. quomodo cohaerebit diſpoſitio in fine articuli, *iudicem*, *niſi imploratum inquirere non debere?* Haec omnia monſtrant veram eſſe interpretationem, quam antea exhibui, et quam dedit Ill. de LEYSER *vol. VIII. Spec. DLVI. med. 1. p. m. 402.* quam etiam amplexam eſſe video LVDOVICVM in *doctr. Pandect. tit. de furt. §. X.* item KRESS. *ad cit. art. §. 1. not. *3. p. m. 595.* Nec ipſe CARPZOVIVS expilatorem hereditatis leuius puniendum eſſe *fure,* ita firmiter ex hoc loco concludere videtur, vt non potius BOCERI, cuius tractatum *de furt.* citat, ſententiam referre voluiſſe cenſendus ſit.

Examinatur Carpzouii ſententia.

Senſus art. CLXV. conſt. crim.

§. VIII.

Deinde ſententiam ſuam confirmat CARPZOVIVS legibus *Romanis*, quae expilatoribus extraordinariam poenam iniungunt, vt *l. 1. §. 1. de effract. et expilat.* Sed hic *duo* mihi monenda ſunt, *primo,* quod aequiuocatio forte committatur ab iis, qui generali vocabulo *expilatores* vocantur, ad ex-

Monita circa leges quas Carpz. adducit.

 pilatores

Digitized by Google

pilatores hereditatis, concludendo; *(v. quae dixi §. 4.) Secundo,* quod in foris Germaniae nullae citari debeant leges Romanae, ad furtum, quatenus eius poena publica eſt, ſpectantes; quae enim poenae a Germanis in hoc delictum ſtatutae ſunt, eae Romanis ignorabantur, quorum leges agunt ſaltim de actione furti, qua priuatum intereſſe aliquis perſequebatur. Non igitur vereor dicere, ſententiam, *expilatores hereditatis leuiori quam furti poena coerceri debere,* ex non adaequata interpretatione *Nemeſeos Carolinae* et incongrua applicatione legum Romanarum profluxiſſe. Ex quo patet, quid de illorum opinione iudicandum ſit, qui vltra relegationem, poenam huius delicti extendi poſſe negant.

Vnde videatur deducendum: cur expilatores mitiori poena afficiantur.

§. IX.

Reſpondetur Carpzouio.

Nam id me nil mouet quod CARPZOVIVS poenam ſuſpendii ceſſare concludit, *quia expilatores hereditatis proprie fures dici non poſſent.* Demus enim, quod iam ante conceſſi, in ſenſu quo ICti Romani furti vocem adhibent, *furtum hic non adeſſe;* an ea propter delictum eſt leuius furto? Actio furti, de qua leges Romanae diſponunt, cum inſtitui debeat, ſaltim a domino, vtique *in expilata hereditate* ab herede inſtitui nequit, qui cum ablatio fieret, dominus nondum erat. Sed ſi hos apices iuris relinquamus, et *de expilatione hereditatis quatenus delictum publicum eſt,* loquamur, nihil video quod eius iniuſtitiam furto leuiorem efficiat. d) Quod enim nondum certus definitusque ſit rerum hereditariarum dominus, id auferentem eas non excuſat, qui hoc tamen ſcit, *ſe dominum non*

Expilatio hodie vt delictum publicum conſideranda.

d) Hinc SCHILTERVS *Ex. XLIX. §. 48.* adducit ex ANT. FABRO: Principium illud iuris Romani de *hereditatis translatione,* omnium fere gentium generali conſuetudine abolitum et contra inductum eſſe, vt hereditariarum rerum nòn tantum dominium, ſed et poſſeſſio ipſo iure, et abſque facto vllo, qualis penes defunctum fuerat, in heredem quemlibet transferatur. Ex quibus, *pergit* SCHILTERVS, conficitur, hereditatis *expilationem* hodie *furtum* non tantum eſſe, ſed et *atrocius,* ſecundum propriam criminis expilationis naturam: adeoque et furti actionem *ſiue* ciuilem *ſiue* criminalem contra expilatores competere.

non eſſe, nihil enim ad furtum minuendum facit quod cuius ſit, ignoretur. *v. l. 43. §. 4. de furt.*

§. X.

Expilatio furto grauius delictum videtur.

Imo grauius delictum hoc eſſe furto, ſi quis ſtatuere velit, nec auctoritates deſunt, nec argumenta, eiusdem ſaltim ponderis, quam quae pro contraria parte adducuntur. Ipſi, quem CARPZOVIVS citat, BARTOLO *ad l. 1. §. 1. de effract. et expil.* hereditatis expilator improbior fur, vocatur. BARTOLVM ſi cenſeas aequiuocatione vocabuli *expilator*, quam ante iam indicaui deluſum, videndum erit quid regeras ad *l. 12. C. ex quib. cauſ. infam. irrog.* cuius verba haec ſunt: *Si te expilaſſe hereditatem ſententia Praeſidis conſtiterit, non ex eo, quod non et alia poena tibi irrogata eſt, furti improbioris infamiam euitaſti.* Ex hac lege ad minimum conſtat, dari caſus in quibus expilator hereditatis atrocius alio fure delinquit.

Oſtenditur hoc ex l. cit. 12. C. ex quib. cauſ.

Nam in genere delictum hoc, propter hanc legem atrocius furto dicere ego nolim, cum forte in DONATO ad quem *imperator* haec reſcripſit, ſingulares circumſtantiae delictum adgrauantes adfuerint. Quare non facio cum GOTHOFREDO ad *h. l.* qui hoc crimen ſemper improbius furtum eſſe, ex lege colligit, et citat *l. 1. §. 1. de effract.* quae, an huc trahenda ſit propter ea, quae §. 4. dixi, dubito.

Receditur a Gothofredo.

§. XI.

Expilationem grauius furto eſſe delictum ſtatuit Titius.

Sed ſi expilatorem hereditatis magis *fure* delinquere ex legibus non euidenter ſatis conſtat, ratione tamen id oſtendi putat TITIVS *in I. Pr. L. V. c. 11. §. 4.* defectum poſſeſſionis, quantitatem delicti intendere exiſtimans et hinc explicans citatam modo *l. 2. C. ex quib. cauſ. infam.* Neque haec ſententia omnino reiicienda videtur. Aequum ſane exiſtimo vt grauioribus poenis retineantur homines ab illis delictis, ad quae committenda facilitas ipſa ea exſequendi inuitare poteſt. Iam vero facilius, quam aliud furtum, committi videtur hereditatis expilatio, quod hic rerum poſſeſſor et cuſtos deſit, aut ad minimum

mum negligentius in iſtis cuſtodiendis verſetur, qui incertus adhuc eſt, ſibi ne eas cuſtodiat an aliis. Haec igitur ratio ſuadere poſſet, vt grauior poena in hoc crimen, quam in furtum ſtatueretur. In qua ſententia eſt etiam IOANNES a FELDE, in *Elem. iur. P. II. c. 4. membr. 3. part. 2. art. 14. p. m. 207.* Et THOMAS. *ad π. tit. expil. hered. Moribus Germaniae,* ſcribit, *non eſt leuius furto, ſed grauius, adeoque et aduerſus heredes coercetur.* *Hinc* SCHILTERVS, *Exer. XLIX. §. 48. Ex quibus,* dicit, *omnino conficitur, hereditatis expilationem hodie furtum non tantum eſſe,* ſed et atrocius, *ſecundum propriam criminis expilationis naturam: adeoque et furti actionem ſiue ciuilem ſiue criminalem contra expilatores competere.* Quodſi igitur *cit. L. 12.* de crimine hoc in genere accipias, poteris illud iure quodam *improbius furtum* vocare, quod facilitate committendi maiorem poenam mereatur, neque ita *per abuſionem* dici, ſentiendum erit cum ECKHOLDO *in compend. Pand.* tit. *expil. hered. §. 1.*

Io. a Felde

Thomas.

Schilter.

§. XII.

Expilationem eſſe furtum oſtendunt ſtatuta Brunſuicens.

Quae hactenus diſputaui, ne ſcholae ſpeculationes videantur ab vſu fori exſulantes, confirmo exemplo ſtatutorum *Brunſuicenſium,* quae edita ſunt A. C. MDLXXIII. Dictant haec ſtatuta furibus, *tit. 43.* in genere ſuſpendii poenam, ſi magnum ſit furtum, aut ſpes emendationis deſit; in aliis caſibus eam arbitrio iudicis relinquunt. Sed de eo crimine, de quo iam ago ita diſponit *tit. XXXXIX. p. m. 49.* **von Beſtelunge eines Erbes. Würde iemandt in ein Haus gehen, bey Tage oder Nacht, darin ein legend vnangenommen Erbe vorwart wurde, vnd von ſolchem Erbe etwas zu ſeinen Händen nehmen vnd ſtelen, der ſoll nach gröſſe des Diebſtahls mit der Staupe, oder mit dem Stricke gericht werden.**

§. XIII.

Si expilatio facta a coheredibus mitior

Haec de eo caſu, vbi ex hereditate ille aliquid abſtulit, ad quem nihil hereditatis ſpectabat. Sed quid ſi coheredum vnus

tale

fuit obtinet poena.

tale delictum committat? Nullum dubium eſt, mitius hic debere procedi, quia coheres pro parte dominus eſt, vel eſſe poteſt, ſi velit. Non igitur expilatae hereditatis crimen ei intendi poteſt, *v. l. 3. C. famil. herc.* Scilicet, grauius hoc remedium adhiberi non debet, cum leuius, familiae erciſcundae iudicium, competat. Pertinent huc quae in ſtatutis *Brunſuicenſibus c. l.* porro leguntur: Wo aber ein Erbe ſelbſt etwas aus der Erbſchafft vorſchieſſelt oder vorhelet, vnd in das gewönliche *inuentarium* nicht bringen leſt, vnd kan deſſen vberweiſet oder vberwunnen werden, er muß es doppelt erſtatten, denen, welchen es zugehöret, hette er ſelbſt auch ein Theil daran, ſein Recht vnd Antheil hat er verloren, vnd mus es den andern allein folgen laſſen. Haec diſpoſitio non multum differt ab eo quod leges Romanae ſtatuunt in ablatione rei, quam quis ad ſe ſpectare exiſtimauit, vt *ſcil.* ſi res ſit auferentis propria, *amittatur*, ſi non ſit, addito precio reſtituatur. *v. §. 1. I. de vi bon. rapt. i. l. 13. quod met. cauſ. et l. 7. C. vnde vi.*

Probatur ex ſtatut. Brunſuicenſ.

§. XIV.

Quid iuris ſi ab vxore fiat expilatio?

Similiter contra vxorem expilatae hereditatis agi non poteſt, ſed actio in rem contra eam inſtituenda eſt. *v. l. 17. C. de furt. l 5. π. expil. hered. l. 33.* de N. G. ratio additur, quia nec furti actio contra eam datur. Haec vel ea propter adducenda hic ſunt, quia exinde adparet, non leuius exiſtimatum fuiſſe apud Romanos ipſos expilatae hereditatis crimen furto. Nam alias ICti Romani in fauorem vxoris haec non diſpoſuiſſent.

§. XV.

Cum igitur ex omnibus quae adducta ſunt, id conficiatur, *expilatorem hereditatis grauitate delicti ſui furi eſſe aequiparandum*, facile etiam reſolui poterit quaeſtio, quae opportune hic in mentem venit: *An res hoc modo ex hereditate iacente ablata, vitio rei furtiuae, quod vſucapionem impedit, laboret?* Neque illam ex principiis hactenus expoſitis adfirmare dubito, ſaltim ſi de expilatore extraneo ſermo ſit: Nam ſi ille rem abs-

An res ex heredit. iacente ablata, laboret vitio propter quod vſucapi non poſſit?

 tulerit

tulerit, qui ius aliquod in hereditatem habebat, furtum, et adeo rei furtiuae vitium ceſſare, ex *§. 13.* infero. Niſi maior pars, quam ad auferentem pertinet, vel res, in quam cadit adfectio, quaeque diuidi non poteſt, etc. ablata ſit, quibus caſibus, *a. §. 12. I. de obl. quae ex del.* et *l. 29. rer. amotar.* iudicis arbitrium excludendum non erit.

§. XVI.

An expilatio legatariis noceat? Vltimo quaeritur: an expilatio hereditatis etiam legatariis noceat, ita vt ſumma iis relicta, propter factam expilationem minui poſſit? Quod prima facie affirmandum videtur, cum caſus hic ab haerede nec praeuideri nec auerti potuerit. Verior tamen cenſenda opinio, *haeredi tantum nocere expilationem, per L. 5. C. de crim. expil. haeredit.* vt ea propter, ſi poſt expilationem tantum non ſuperſit vt quartam ſaluam habeat heres, non tamen poſſit quid detrahere legatariis Falcidiae nomine *v. §. 2. Inſt. de Leg. Falc.* Quae ſententia mea tamen eo limitanda erit caſu, *ſi ipſae res legatae per expilationem perierunt. v. §. 16. I. de legat.* conf. Ill. de LEYSER *Vol. VIII. Spec. DLVI. in f. p. 412.*

ADDENDA.

I.

Rubrica *art. CLXV. ord. cr.* concipitur: So einer etwas nimt von Gütern deren er ein nechſter Erbe iſt. REMVS hanc inſcriptionem ſic vertit: *Expilatae hereditatis et rerum amotarum poena.* REMVM, more ſuo, ſecutus eſt MATTH. STEPHANI. Verſioni vero REMI ſubſcribendum non eſſe, arbitramur: 1) Quoniam *Caeſar* non totum genus expilatae hereditatis hoc articulo comprehendere voluit, ſed eam tantum ſpeciem, qua furtum committitur *a cognato proximo.* Nemo enim, vt putamus adſerere audet, quaſi Auctores conſtitutionis *Carolinae* crimen expilatae hereditatis, heredibus legitimis tantum adſignarint, cum extranei omnino etiam hereditatem expilare poſſint, eoque nomine recte conueniantur. *v. l. 2.* ibi: *aduerſus vitricum. l. 3.* ibi: *aduerſus nouercam quondam tuam. C. de crim. expil. hered. (IX. 32)*, etiam

etiam tutor, *v. l. 3. §. 5. in f. de ſuſp. tutor.* et quiuis alius. *v. l. 21. pr. de acquir. vel amitt. hered.* 2) quia verba rubricae vnicum tantum caſum exprimunt, ſic vt alter per affinitatem, *v. l. 4. C. de crim. expil. hered.* duntaxat adiectus intelligatur. Nec, vt REMO accedamus, mouet nos interpres *Gallus*, qui etiam hic nimis liberaliter et generaliter vertit: *De l'expilation d'hoirie.* In verſione ſub rubrica: *Ordonnances criminelles du ſereniſſime tres puiſſant et invincible* Empereur Charles *Cinquieme, et du S. Empire Romain à Montbelliard 1612.* conf. TABOR *in crimin. definit. racemat* ad hunc articulum *Vol. II. p. m. 264.*

II.) Certe nobis perſuaſum habemus *art. cit. CLXV.* minime gentium generaliter de quibuscunque expilatoribus hereditatis et patrimoniorum eſſe accipiendum, licet ita generaliter eius ſummam haud pauci concipiant. Totus enim contextus aliud oſtendit, quia ſaltim ſpecialiſſime de duobus coniunctiſſimis ſubiectis *Caeſari* hic eſt ſermo. Nimirum *de coniuge, viro aut vxore*, et *de herede proximo.*

III.) Si a viro *vel* vxore *vel* alio agnato res maximi pretii e communi hereditate ſit ablata, dubitandum non eſt grauiorem poenam conſtitui poſſe, ſi *ſcil.* iudex ea propter imploratus ſit; Ex officio enim in eiusmodi delicta inquirere, iudex prohibetur, *cit. art. in f.* Nec ſtatuendum cum LYNCKERO *dec. CCXXX.* et *MCCCIV.* quaſi *Caeſaris* ſcopus fuiſſet tantum poenam patibuli in hac ſpecie excludere, reliqua iis iuribus, quae de furibus communiter quoad inquiſitionem et poenam ex officio conſtituta ſunt, relinquere, vt proinde et hic expilatores ex officio accuſari aut puniri poſſint. Hoc quippe pugnat cum verbis finalibus articuli noſtri. Caeterum in furtis eiusmodi familiae et agnationis, laedentis et laeſi, iam diu habita ratio apud noſtrates. Hinc etiam paroemiae: Niemand ſchändet ſein eigen Geſichte. Niemand ſpeyet in ſeinen eigenen Barth, vt proinde articulus noſter iuri Germanico oppido conformis ſit, in furto agnatorum huius animaduertens.

IV. Quaeritur: Si duo vel plures ſimul heredes in teſtamento ſint inſtituti, et vnus ex coheredibus, ante aditam hereditatem aliquid ex illa auferat, an *vel* plane nulla, *vel* ad minimum mitiori poena, iuxta *artic. noſtrum CLXV.* ſit afficiendus? Putant quidam mitiorem poenam eſſe ſtatuendam, idque *arg. l. 51. pro ſoc.* Nobis tamen contraria arridet ſententia, quia de horum poena mitiganda nihil in *ipſo articulo*, nil in analogia iuris Germanici, nil denique in ipſa ſana ratione deprehenditur. Argumentum a ſocietate deſumtum huc quadrare

non

non videtur, nam inter ipſos etiam ſocios, ſi dolus aut euidens fallacia adſit, furti actio locum habet, *v. l. 45. pro ſoc.* Et inter coheredes teſtamentarios nulla plane intercedit amicabilis ſocietas, ſed tantum communio quaedam, quam ſors introduxit.

V.) Permittit *Nemeſ. Carol. art. CLXVI.* furtum *in vera famis neceſſitate.* Loquitur articulus conceptis verbis tantum de comeſtibilibus, *ibi*: etwas von eſſenden Dingen zu ſtehlen geurſacht würde. Per eſculenta autem, non tantum intelligimus panes aut cibos iam paratos, *vt* farinam, farcimina, lardum, pernas, carnes fumo duratas, *v.* COLER. *lib. II. de alim. c. VII. n. 51.* ſed etiam cibos parandos, *vt* oues, vaccas, ſues, *v.* BOCER. *de poen. furt. c. II. n. 176.* Non autem res alias quascunque, ex quibus diſtractis, edulia queant comparari. *Licet* hoc quidam aſſerere velint, vt DAMHOVD. CLARVS, HARPRECH. et alii apud CARPZ. *Quaeſt. LXXXIII. n. 45.* An vero articulus ad alias res, vbi eſt ſimile vitae periculum, *v. g.* ad veſtimenta contra frigus, etc. extendi debeat? non conueniunt. Negat hoc de BERGER *El. Iurispr. Crim. c. II. §. XIV. p. m. 54.* it. TABOR *ad h. art.* Affirmat CARPZ. *cit. loc. n. 46.* per *cap. 3. X. de furt.* Nobis placet CARPZOVII opinio, cuius obſeruantiam in foro adſerit ipſe BERGERVS. Caeterum vt tale furtum permittatur, requiritur 1) vt adſit extrema inopia, 2) vt is qui in eiusmodi neceſſitate conſtitutus eſt, neque pretio neque precibus, neque oblata opera, victum aut amictum, quo indiget, impetrare potuerit, (hic paulo aliter incedit KRESS. *ad h. art. n. 2. p. m. 601. edit. nou.*) 3) vt praeter culpam propriam in eam inopiam inciderit, et 4) ne dominus rerum, quas auferre vult, pari neceſſitate prematur, aut mox in eam ſit deuoluendus. v. PVFENDORFF *de O. H. et C. Lib. I. c. V. §. 23. ſeq.* et *de* I. N. et G. *lib. II. c. VI. §. 5. ſeq.* Hiſce enim caſibus ex obligatione imperfecta fit perfecta, aut ſi mauis, *ex virtute* ius. IDEM *cit. loc.* LVDOV. *ad cit. art. LXVI.* IO. SAM. FR. BOEHMER, *Elem. iurispr. Crim. Sect. II. c. XII. §. CLIII. p. m. 270. Addat omn.* BEYER *in poſit. iur. diuin. Lib. XII. poſ. 75. ſeqq.*

VI.) Legibus *Burgundionum Lib. I. tit. X.* in canis furem, ridicula admodum poena conſtituitur; Fur enim canis poſteriora oſculari tenetur. *v.* POLAC. *Syſtem. iurispr. ciuil. German. antiquae Lib. III. c. XI. §. VIII. p. m. 201.*

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE